

Audience publique du 30 juin 2011

Recours formé par la société à responsabilité limitée de droit néerlandais
..., ...
contre une décision du directeur de l'administration des Contributions directes
en matière d'impôts sur le revenu des collectivités et de la base d'assiette de l'impôt
commercial communal

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 27034 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif le 25 juin 2010 par Maître Jean-Pierre Winandy, avocat à la Cour, assisté de Maître Anne Singer, avocat, tous les deux inscrits au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société à responsabilité limitée de droit néerlandais ..., ayant son principal établissement et le siège de sa direction effective à ..., tendant à l'annulation, sinon à la réformation d'une décision du directeur de l'administration des Contributions directes du 21 avril 2010, et non pas du 22 avril 2010 comme indiqué erronément dans la requête introductive d'instance, portant rejet des réclamations introduites par elle contre les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2004 ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 19 novembre 2010 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 17 décembre 2010 par Maître Jean-Pierre Winandy pour compte de la société à responsabilité limitée de droit néerlandais ... ;

Vu le mémoire en duplique du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 12 janvier 2011 ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision critiquée ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport et Maître Georges Simon, en remplacement de Maître Jean-Pierre Winandy, et Madame le délégué du gouvernement Monique Adams en leurs plaidoiries respectives.

Par courrier du 20 juillet 2009, le bureau d'imposition Sociétés ... de l'administration des Contributions directes, dénommé ci-après le « bureau d'imposition », informa la société à

responsabilité limitée de droit néerlandais ..., dénommée ci-après la « société ... », de ce que le bureau d'imposition avait l'intention d'effectuer pour l'année fiscale 2004, et après avoir examiné la déclaration fiscale afférente, des redressements notamment par rapport aux « *plus-values de cession en relation avec la vente de bons de souscriptions d'actions ...* », au motif que ceux-ci « *ne peuvent pas être assimilés à un produit de réalisation partielle de la participation au capital et ne tombent partant pas sous le régime d'exemption de l'article 166 L.I.R.* », avec la précision qu'« *une pareille transaction n'entre pas non plus dans le champ d'application de la Directive européenne « Mère-Fille » de sorte que le profit réalisé constitue un élément taxable au Luxembourg* », la société ... étant invitée par le courrier en question à présenter ses objections éventuelles avant le 10 août 2009.

D'après sa prise de position du 6 août 2009, adressée au bureau d'imposition, la société ... contesta cette analyse en soutenant que d'un point de vue économique les droits de souscription dériveraient d'une participation répondant aux conditions d'exonération de l'article 166 de la loi modifiée du 4 novembre 1967 sur l'impôt sur le revenu, ci-après désignée « LIR », de sorte que, d'un point de vue économique, la vente de ces droits devrait être considérée comme constituant un revenu issu de l'investissement dans une participation répondant aux conditions d'exonération en question.

En date du 26 août 2009, le bureau d'imposition émit un bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités pour l'année fiscale 2004 à l'égard de la société ..., avec la précision que « *l'imposition diffère de la déclaration sur les points suivants : imposition suivant courrier du 20/07/2009* ». En date du même jour, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société ... également le bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 2004.

Par courrier de son mandataire du 21 octobre 2009, réceptionné par la direction des Contributions le 28 octobre 2009, la société ... fit introduire une réclamation auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le « directeur », contre les bulletins d'impôts précités du 26 août 2009.

A la suite de la réclamation ainsi introduite par la société ..., le directeur prit en date du 21 avril 2010, une décision (n° C 15493 du rôle) libellée comme suit :

« *Vu la requête introduite le 28 octobre 2009 par la dame ..., au nom de la société à responsabilité limitée de droit néerlandais ..., avec principal établissement et siège de direction effective à ..., pour réclamer contre le « bulletin d'imposition du 28 août 2009 » ;*

Vu le dossier fiscal ;

Vu les paragraphes 228 et 301 de la loi générale des impôts (AO) ;

Considérant que la requête ne désigne pas les bulletins critiqués ;

que la réclamation est cependant à considérer comme étant dirigée contre les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2004, tous émis le 29 août 2009 (sic) ;

Considérant que l'introduction par une requête unique de plusieurs demandes distinctes, mais néanmoins semblables, empiète sur le pouvoir discrétionnaire du directeur

des contributions de joindre des affaires si elles sont connexes, mais n'est incompatible en l'espèce avec les exigences d'une procédure ordonnée ni dommageable à une bonne administration de la loi ; qu'il n'y a pas lieu de la refuser ;

Considérant que la réclamante fait grief au bureau d'imposition de ne pas avoir exonéré une plus-value réalisée sur la cession de droits de souscription d'actions ... ;

Considérant qu'en vertu du § 243 AO, une réclamation régulièrement introduite déclenche d'office un réexamen intégral de la cause, sans égard aux conclusions et moyens de la requérante, la loi d'impôt étant d'ordre public ;

qu'à cet égard le contrôle de la légalité externe de l'acte doit précéder celui du bien-fondé ;

qu'en l'espèce la forme suivie par le bureau d'imposition ne prête pas à critique ;

Considérant qu'en vertu de ses statuts de constitution, la réclamante a pour objet social :

- a) de prendre une participation et de gérer cette participation que la société possède dans le capital social de la S.A. ..., une société soumise au droit espagnol dont le siège est à ... en Espagne ;*
- b) d'examiner et d'analyser le marché financier, et plus particulièrement les marchés financiers espagnols et de s'intéresser au secteur de la ... ;*
- c) de prendre des participations et de gérer des sociétés ou entreprises de toutes natures, directement ou indirectement, et toutes autres participations que la société peut juger appropriées ;*
- d) de consentir des participations financières ou d'accorder tout prêt tant pour son propre compte que pour celui de ses filiales et de consentir toutes garanties ou cautions pour des tiers ;*
- e) de financer tout échange commercial et autres activités commerciales de ses filiales ainsi que toute autre activité commerciale ;*
- f) d'investir ses actifs, tels que les montants provenant de la répartition des dividendes et de la vente d'actions, dans des titres, comprenant les actions et autres certificats de participations et obligations, ainsi que tous titres de créances productives d'intérêt quel qu'en soit le nom ou la forme ; et*
- g) de faire tout ce qui est nécessaire ou utile pour la réalisation des objets décrits ci-dessus ou en rapport avec eux au sens le plus large du terme ;*

Considérant que le bureau d'imposition, en établissant les bases d'imposition de l'année 2004, n'a pas exonéré une plus-value d'un montant de ... euros se rapportant à la cession de ... droits de souscription d'actions ;

Considérant qu'il ressort du dossier fiscal que la réclamante détient ... actions dans la société anonyme luxembourgeoise ... depuis l'année 2002 ;

qu'au cours de l'année 2004, la société ... a attribué des bons de souscription d'actions au bénéfice de ses actionnaires ;

que ces bons de souscription d'actions ont donné le droit de souscrire à une action nouvelle au prix de ... euros pour cinq bons de souscription ;

Considérant que la requérante s'est vu attribuer ... bons de souscription d'actions, i.e. un bon de souscription pour une action existante ;

qu'elle a cédé ... bons de souscription en date du 9 et 12 juillet 2004 ;

Considérant que dans sa requête introductive, la réclamante demande d'exonérer la plus-value susmentionnée en vertu de l'article 166 L.I.R. et de reconsidérer ledit revenu soit comme plus-value sur titre ... soit comme dividende ... ;

Considérant qu'il y a donc lieu d'analyser si la plus-value d'un montant de ... euros en relation avec les bons de souscription d'actions représente un revenu ou une plus-value à exonérer au sens de l'article 166 L.I.R. ;

Considérant qu'en ce qui concerne les exonérations de plus-values de cession provenant d'une participation, le règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 L.I.R. dispose que lorsqu'une société de capitaux résidente pleinement imposable cède des titres d'une participation directe détenue dans le capital social d'une société anonyme résidente pleinement imposable, le revenu dégagé par la cession est exonéré, lorsqu'à la date de l'aliénation des titres le cédant détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins 12 mois et que pendant toute cette période, le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10% ou le prix d'acquisition au-dessous de 6.000.000 euros ;

Considérant d'abord qu'il y a lieu de constater que les conditions de durée de détention et du seuil de participation de l'article 166 L.I.R. sont remplies quant à la filiale et à la société mère, i.e. la société ... et la réclamante ;

Considérant qu'en principe, un bon de souscription d'actions donne au détenteur le droit de souscrire à une action à un prix convenu d'avance et jusqu'à une date déterminée ;

que les bons de souscription d'actions sont généralement attachés à une action ;

que dès l'émission, les deux titres sont scindés et cotés séparément ;

Considérant qu'en l'occurrence, la réclamante a réalisé une plus-value qui est en relation avec la cession de ... bons de souscription d'actions ;

que la plus-value réalisée ne représente donc pas une plus-value au sens du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 L.I.R. qui ne vise que les cessions de participations directes détenues dans le capital social d'une société ;

qu'il en résulte que l'exonération ne peut pas être accordée sur base dudit règlement grand-ducal ;

Considérant que suivant les alinéas 1 et 2 de l'article 166 alinéa 1 L.I.R., les revenus d'une participation détenue par une société anonyme résidente pleinement imposable sont exonérés lorsque, à la date de la mise à la disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détener ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins douze mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10% ou le prix d'acquisition au-dessous de 1.200.000 euros ;

que l'exonération s'applique entre autres aux revenus qui proviennent d'une participation détenue directement dans le capital social d'une société de capitaux résidente pleinement imposable ;

Considérant que même si les alinéas 1 et 2 de l'article 166 L.I.R. ne définissent pas clairement la notion « revenus d'une participation », il n'en reste pas moins que « l'article 166 L.I.R. ne bénéficie qu'à une participation directe dans le capital d'une autre société » (jugement tribunal administratif du 31 décembre 2007, n° du rôle 22876) ;

Considérant que les revenus dégagés lors de la cession de bons de souscription d'actions qui sont des titres librement négociables indépendamment des titres détenus dans la filiale, ne peuvent pas être assimilés à des revenus dégagés directement de la participation ;

que c'est donc à bon droit que le bureau d'imposition n'a pas exonéré la plus-value résultant de la cession des bons de souscription d'actions ;

Considérant que pour le surplus les impositions sont conformes à la loi et aux faits de la cause et ne sont d'ailleurs pas contestées ;

PAR CES MOTIFS

reçoit les réclamations en la forme,

les rejette comme non fondées ».

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 25 juin 2010, la société ... a fait introduire un recours contentieux tendant à l'annulation, sinon à la réformation de la décision directoriale précitée du 21 avril 2010.

Encore qu'un demandeur entende exercer principalement un recours en annulation et subsidiairement un recours en réformation, le tribunal a l'obligation d'examiner en premier lieu la possibilité d'exercer un recours en réformation, l'existence d'une telle possibilité entraînant qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le recours en annulation introduit contre la même décision¹.

Conformément aux dispositions combinées du paragraphe 228 de la loi générale des impôts du 22 mai 1931, appelée communément « Abgabenordnung », en abrégé « AO », et de l'article 8 (3) 1) de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, le tribunal administratif est appelé à statuer comme juge du fond sur

¹ v. trib. adm. 4 décembre 1997, n° 10404 du rôle, Pas. adm. 2010, V° Recours en réformation, n° 3 et autres références y citées

un recours introduit contre une décision du directeur ayant statué sur les mérites d'une réclamation dirigée contre un bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités et un bulletin de l'impôt commercial communal. Le tribunal est partant compétent pour connaître du recours subsidiaire en réformation.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le recours principal en annulation.

Dans son mémoire en réponse, le délégué du gouvernement se rapporte à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité dudit recours en réformation, en soulignant que la requête introductive d'instance ne serait pas conforme à l'article 1^{er} de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, en ce que la qualité de la partie demanderesse ne serait pas précisée à suffisance de droit. Ainsi, à l'exception de l'indication de sa raison sociale, la requête ne contiendrait aucune indication concrète quant à l'adresse de son établissement voire de l'installation de son siège social, ni quant à son immatriculation au registre de commerce et des sociétés ni quant à l'organe sociétaire actuellement en fonction qui le représenterait.

La demanderesse conteste que son recours en réformation puisse être déclaré irrecevable, sans toutefois apporter davantage d'informations par rapport aux critiques soulevées par le délégué du gouvernement. Ce n'est que suite à une demande afférente du tribunal lors de l'audience des plaidoiries que la demanderesse a fait parvenir au greffe du tribunal l'adresse exacte de son principal établissement au Luxembourg, à savoir

L'omission de l'indication de l'identité exacte de la partie demanderesse dans la requête introductive d'instance n'entraîne la nullité de la requête que si cette omission est de nature à violer les droits de la défense².

En l'espèce, le fait par la demanderesse de ne pas avoir indiqué, d'une part, l'adresse complète de son principal établissement au Luxembourg, mais simplement le code postal et la ville dans laquelle ledit principal établissement est situé et, d'autre part, le numéro d'immatriculation au registre de commerce et des sociétés n'a pas été de nature à porter atteinte aux droits de la défense de la partie étatique, celle-ci ayant été en mesure de correspondre avec la partie demanderesse au cours de la phase administrative ayant abouti à la décision directoriale sous examen du 21 avril 2010, de sorte qu'elle n'a pu avoir un quelconque doute quant à l'identité exacte de la partie demanderesse, pour ne pas avoir notamment soulevé une telle incertitude au cours de la phase préparatoire, d'autant plus qu'elle a pu prendre position de manière circonstanciée par rapport au fond du litige sous examen.

En ce qui concerne le défaut par la partie demanderesse d'avoir indiqué l'organe par lequel elle est représentée dans le cadre du présent litige, il échet de rappeler qu'au cas où une indication quant à l'organe représentant la personne morale en justice fait défaut dans la requête introductive d'instance, il échet de présumer, à défaut de preuve contraire, que l'organe légalement habilité à prendre, au nom de la personne morale, la décision d'agir en

² trib. adm. 10 mai 2000, n° ...539 du rôle, Pas. adm. 2010, V° Procédure contentieuse, n° 322 et autres références y citées

justice, a pris celle-ci, et que cette personne morale est représentée par l'organe y légalement habilité³.

En l'espèce, il n'est pas contesté que dans le cadre du présent litige, la partie demanderesse se trouve être représentée par son organe y légalement habilité, le contraire n'ayant d'ailleurs pas été soutenu par la partie étatique.

Au vu de l'ensemble des développements qui précèdent, il y a lieu de rejeter le moyen d'irrecevabilité soulevé par l'Etat.

Aucun autre moyen d'irrecevabilité n'ayant été soulevé en cause, le recours en réformation est à déclarer recevable pour avoir introduit dans les formes et délai prévus par la loi.

A l'appui de son recours, la demanderesse reproche au directeur de ne pas avoir fait droit à sa demande tendant à l'exonération d'une plus-value d'un montant de ... € se rapportant à la cession de ... bons de souscription d'actions dégagee lors de la cession partielle des ... bons de souscription dont elle aurait été propriétaire en raison de sa détention de ... actions de la société anonyme ... S.A.. Elle reproche plus particulièrement au directeur d'avoir rejeté son argumentation, présentée dans la réclamation lui soumise, suivant laquelle la plus-value en question devrait être traitée soit comme dividende exonéré soit comme plus-value exonérée en application des dispositions du privilège des « *sociétés mère et filiales* ». En se référant à un article de doctrine, la demanderesse soutient que « *la cession du coupon représentant le droit préférentiel de souscription [est assimilable] à un produit de réalisation partielle de la participation au capital* ». Ainsi, elle est d'avis que la qualification d'une telle plus-value comme « *plus-value en capital* » s'imposerait d'autant plus que la valeur du droit préférentiel de souscription pourrait être fixée soit à un montant élevé soit à un montant faible à la discrétion des associés, étant donné que dans l'hypothèse dans laquelle le prix d'émission est fixé à un prix proche de la valeur des titres à émettre lors d'une opération d'augmentation du capital, la valeur du droit préférentiel de souscription diminuerait et pourrait à la limite être de zéro, alors que dans l'hypothèse dans laquelle le prix d'émission des nouvelles actions est fixé à un montant faible, la valeur du droit préférentiel de souscription augmenterait. En considération de cette situation de fait, il faudrait traiter de la même manière le prix de réalisation des droits préférentiels de souscription par rapport au produit de réalisation de la participation dans le capital social, afin d'éviter une différenciation injustifiée de ces deux cas de figure.

Après avoir rappelé que c'est l'article 32 tiret 2 (1) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, qui prévoit que lors d'une augmentation de capital d'une société « *les actions à souscrire en numéraire doivent être offertes par préférence aux actionnaires proportionnellement à la partie du capital que représentent leurs actions* », le délégué du gouvernement estime que le droit préférentiel de souscription ainsi visé par la disposition légale précitée constituerait une technique qui se trouverait à la disposition de la société en question afin de permettre de préserver l'égalité entre les anciens et les nouveaux actionnaires. En effet, l'objet et la raison d'être du droit préférentiel de souscription serait de permettre à l'ancien actionnaire, dans l'hypothèse dans laquelle il ne participerait ou participerait seulement de manière partielle à l'augmentation de capital, de compenser la perte

³ trib. adm. 26 juillet 2000, n° 10605 du rôle, Pas. adm. 2010, V° Procédure contentieuse, n° 327

subie par lui sur la valeur intrinsèque de sa participation existante voire de ses actions qu'il détient d'ores et déjà dans la société, du fait de l'effet de dilution causé par une augmentation de capital. Au vu de cette définition du droit préférentiel de souscription, il faudrait conclure que celui-ci ne saurait être qualifié comme constitutif d'une participation dans une société ou comme faisant partie intégrante du capital de celle-ci.

Quant à l'argumentation plus spécifiquement développée par la partie demanderesse, le représentant étatique soutient que la cession des droits préférentiels de souscription ne relèverait pas du champ d'application de l'article 166 LIR ni du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, n° 1 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, dénommée ci-après « LIR », de sorte qu'elle ne pourrait bénéficier de l'exonération y prévue, au motif que le droit préférentiel de souscription constituerait uniquement un droit à une participation (future) dans le capital de la société, et ne pourrait être reconnu comme constituant une participation (acquise) dans ledit capital. Il conteste d'ailleurs dans ce contexte que le droit préférentiel de souscription soit de nature à générer des revenus, de sorte que de toute façon, il ne pourrait pas être couvert par le champ d'application de l'article 166 LIR.

Dans son mémoire en réplique, la partie demanderesse soutient que par la vente de droits préférentiels de souscription, l'actionnaire céderait une partie de la substance des actions anciennes détenues par lui dans le capital d'une société et que le revenu généré par la vente de ces droits préférentiels de souscription devrait être considéré comme constituant un revenu de la participation existante, puisque ce serait en sa qualité d'actionnaire existant que celui-ci pourrait percevoir des revenus du fait de la vente des droits préférentiels de souscription. D'une manière générale, la partie demanderesse est d'avis que le revenu tiré de la vente de droits préférentiels de souscription devrait être considérée comme constituant un revenu d'une participation au sens de l'article 166 LIR, notamment en ce que celui-ci vise les « *autres produits alloués* », sous quelque forme que ce soit, en raison d'une participation dans une société éligible au régime des sociétés mère et filiales.

La partie demanderesse soutient encore que l'exonération des produits de la vente issus de la cession de droits préférentiels de souscription, en application de l'article 166 LIR, aurait pour objectif d'éviter la double imposition des revenus, en ce que la valeur des droits préférentiels de souscription serait la preuve de l'existence de réserves au sein de la société filiale, imposables dans le chef de celle-ci.

En conclusion, la demanderesse soutient que l'attribution de droits préférentiels de souscription serait à considérer comme un revenu de la participation, exonérable en application de l'article 166 LIR, et que la cession desdits droits constituerait une plus-value en capital soumise à l'application du règlement grand-ducal précité du 21 décembre 2001.

A titre subsidiaire, la demanderesse soutient qu'il y aurait lieu de prendre en considération la valeur comptable du droit préférentiel de souscription.

Dans son mémoire en duplique, le délégué du gouvernement estime que la partie demanderesse confondrait la notion de « *revenus d'une participation* », telle que prévue à l'article 166 LIR, et celle de « *revenus provenant de capitaux mobiliers* », telle que visée par l'article 97 LIR, de sorte à rendre ainsi fausses ses conclusions quant au champ d'application de l'article 166 précité.

La demanderesse estime que la plus-value d'un montant de ... € dont elle a bénéficié lors de la cession de ... bons de souscription d'actions aurait dû bénéficier de l'exonération fiscale telle que prévue par l'article 166 LIR. Il échet encore de constater que ces bons de souscription d'actions constituent des droits préférentiels de souscription aux actions nouvellement émises par la société anonyme ... S.A..

Conformément à l'article 166, paragraphe (1) LIR « *les revenus d'une participation détenus par : (...) 4. un établissement stable indigène d'une société de capitaux qui est un résident d'un Etat avec lequel le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter les doubles impositions (...) sont exonérés lorsque, à la date de la mise à la disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins 12 mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10 % ou le prix d'acquisition au-dessous de 1.200.000 €* ».

En l'espèce, il est constant en cause que la demanderesse constitue une société de droit néerlandais ayant le siège de son principal établissement et celui de sa direction effective au Luxembourg et que le Luxembourg a conclu avec les Pays-Bas une convention tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune, la convention initiale ayant été conclue en date du 8 mai 1968, de sorte que cette disposition légale est susceptible de trouver application au cas d'espèce.

Il échet toutefois d'examiner si la plus-value réalisée lors de la vente de droits préférentiels de souscription peut être considérée comme étant un revenu « *d'une participation* » au sens de l'article 166 précité. A cet effet, il échet d'examiner la nature juridique des droits préférentiels de souscription.

En vertu de l'article 32-3 (1) de la loi précitée du 10 août 1915 « *les actions à souscrire en numéraire doivent être offertes par préférence aux actionnaires proportionnellement, à la partie du capital que représentent leurs actions* », le paragraphe (4) dudit article 32-3 prévoyant que « *le droit de souscription est négociable pendant toute la durée de la souscription sans qu'il puisse être apporté à cette négociabilité d'autres restrictions que celles applicables aux titres auxquels le droit est attaché* ».

Le paragraphe (5) du même article dispose que « *les statuts ne peuvent ni supprimer, ni limiter le droit de préférence* », en prévoyant toutefois à son alinéa 2 une possibilité, réservée au conseil d'administration ou au directoire sous certaines conditions, de supprimer ou de limiter ce droit lors d'une augmentation de capital réalisée dans la limite du capital autorisé. De même, l'assemblée générale dispose sous certaines conditions de la même possibilité, tel que cela est réglementé par l'alinéa 3 du même paragraphe (5).

Il se dégage partant desdites dispositions légales que le droit préférentiel de souscription constitue une mesure protectrice des intérêts des actionnaires d'une société de capitaux, à savoir, en l'espèce, d'une société anonyme sous la forme de laquelle ... S.A était constituée au moment de l'augmentation de capital litigieuse, qui a pour but d'offrir à la souscription les actions nouvelles à émettre par préférence aux actionnaires actuels de ladite société anonyme, lesdits actionnaires pouvant vendre ledit droit préférentiel à toute autre personne intéressée. D'après le paragraphe (7) de l'article 32-3 précité, au cas où des droits

préférentiels de souscription ne seraient pas exercés par les actionnaires actuels au cours d'une certaine période, ils « *sont vendus publiquement par la société à la Bourse de Luxembourg* ».

Il se dégage partant de ce qui vient d'être relevé ci-avant que le droit préférentiel de souscription constitue un droit à la souscription préférentielle des nouvelles actions à émettre par la société dont le propriétaire de ce droit possède déjà des actions, ces droits étant émis en sa faveur proportionnellement au nombre d'actions qu'il détient dans le capital de ladite société. Il se dégage encore de ce qui précède que ce droit préférentiel de souscription ne donne pas droit à une portion du capital de ladite société. Par ailleurs, dans le chef de l'actionnaire bénéficiaire d'un tel droit préférentiel de souscription, il n'existe aucune obligation d'exercer le droit en question, étant donné qu'il peut renoncer à l'exercice de cette faculté lui ainsi réservée voire vendre ledit droit à un tiers. En effet, il s'agit d'une mesure protectrice des intérêts des actionnaires actuels d'une société anonyme, qui a été instituée dans l'intérêt exclusif de ceux-ci.

C'est partant à bon droit que le délégué du gouvernement estime que le droit préférentiel de souscription ne confère à l'actionnaire actuel d'une société de capitaux qu'un *droit à une participation supplémentaire* dans la société en question, sans que ce droit ne puisse être qualifié comme constitutif d'une participation dans ladite société ou comme faisant partie intégrante du capital de cette société.

Il se dégage partant également de ce qui précède que l'une des conditions prévues par l'article 166 LIR, à savoir celle de la « *participation* » dans le capital d'une société de capitaux n'est pas remplie en l'espèce, étant donné, comme il vient d'être relevé ci-dessus, que le droit préférentiel de souscription n'est pas à considérer comme constituant une *participation* au capital d'une telle société.

Comme l'une des conditions posées par l'article 166 LIR n'est partant pas remplie en l'espèce, il n'y a pas lieu de faire application de ladite disposition légale dans le cadre de l'imposition de la plus-value litigieuse. Cette conclusion n'est pas éternisée par les développements de la partie demanderesse suivant lesquels le fait que le droit préférentiel de souscription est directement lié à la détention d'actions dans le capital de la société de capitaux visée par l'article 166 LIR et que cette considération devrait aboutir à la conclusion que la vente de ces droits devrait être considérée comme générant des revenus se dégageant de la participation au capital de ladite société. En effet, s'il est vrai que seuls les actionnaires d'une société de capitaux peuvent bénéficier d'un droit préférentiel de souscription en cas d'augmentation de capital et que partant le droit préférentiel dont ils bénéficient ainsi est nécessairement lié à leur détention d'actions au capital de ladite société, il n'en demeure pas moins que ce ne sont pas les actions détenues par eux qui dégagent la plus-value dont la demanderesse sollicite l'exonération fiscale sur base de l'article 166 LIR, mais c'est la cession des droits préférentiels de souscription qui génère les revenus. Or, comme il vient d'être relevé ci-avant, les droits préférentiels de souscription ne sont pas à considérer comme des participations au sens de ladite disposition légale. Il échet encore de relever à cet égard que les seuls revenus qui sont visés par l'article 166 paragraphe (1) LIR sont ceux qui se dégagent directement de la participation et non pas ceux qui se dégagent de celle-ci de manière indirecte sous la forme d'un droit préférentiel en vue de la souscription d'actions à émettre.

Comme l'article 166 LIR n'est partant pas de nature à trouver application au cas d'espèce, il n'y a pas lieu d'examiner plus en avant l'applicabilité du règlement grand-ducal

précité du 21 décembre 2001 pris en son application conformément au paragraphe (9) dudit article 166 LIR.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que le recours en réformation est à rejeter pour ne pas être fondé.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, deuxième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties ;

reçoit le recours subsidiaire en réformation en la forme ;

au fond, le déclare non justifié, partant en déboute ;

dit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le recours principal en annulation ;

condamne la demanderesse aux frais.

Ainsi jugé par :

Carlo Schockweiler, premier vice-président,
Françoise Eberhard, premier juge
Anne Gosset, juge,

et lu à l'audience publique du 30 juin 2011 par le premier vice-président, en présence du greffier assumé Sabrina Knebler.

s. Sabrina Knebler

s. Carlo Schockweiler

Reproduction certifiée conforme à l'original

Luxembourg, le 30 juin 20...

Le Greffier assumé du Tribunal administratif